



ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO



São Paulo, 30 de junho de 2009.

Ofício nº 029-1/09/PA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial

02/07/2009 17:14 84386




Senhor Ministro,

Ref.: ADI nº 4249-1

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência, em atenção ao Ofício em epígrafe, para o fim de encaminhar as anexas informações, elaboradas pela Procuradoria deste Poder, visando a instruir os autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade em epígrafe, ajuizada pela Confederação Nacional do Turismo.

Na oportunidade, reitero a Vossa Excelência os protestos de minha elevada consideração e apreço.


BARROS MUNHOZ
Presidente

**Ao Excelentíssimo Senhor
Ministro CELSO DE MELLO
DD. Relator nos autos da ADI nº 4.249-1
Supremo Tribunal Federal
Brasília - DF**



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.249

Requerente: *Confederação Nacional do Turismo*

Requeridos: *Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo*

Governador do Estado de São Paulo

Manifestação da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Eminente Relator,

Egrégio Tribunal

DOS FATOS

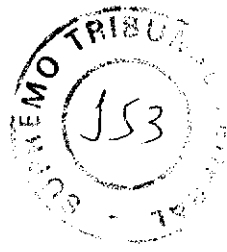
O Governador do Estado de São Paulo submete ao controle dessa Excelsa Corte a Lei estadual nº 13.541, de 7 de maio de 2009, que "*proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, na forma que especifica.*"

Sustenta a inicial, em síntese, que o diploma legal em apreço, de iniciativa do Sr. Governador do Estado, seria inconstitucional pelas seguintes razões:

13



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



a) o diploma legal atacado almejava “derrogar legislação federal” sobre o assunto, especialmente a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e, por via de consequência, o Decreto nº 2.018/96, que a regulamenta. Nessa ótica, segundo a Confederação requerente, haveria “colisão frontal com a lei federal já existente”.

b) A partir da diretriz estabelecida no item “a” acima, a lei estadual atacada vulneraria os incisos **V (produção e consumo)**, **VIII (responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) e **XII (previdência social, proteção e defesa da saúde)**, do art. 24 da Constituição da República, que trata da competência concorrente para legislar.

c) Afrontaria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; da livre iniciativa e da livre intervenção do Estado (art. 170, *caput*, e incisos IV e VIII, da CF); da segurança jurídica e da isonomia (arts. 1º e 5º, da CF).

Data maxima venia, não há razão plausível para reconhecer a inconstitucionalidade da lei atacada.

1) DA OFENSA INDIRETA/REFLEXA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR

Inicialmente, cabe ressaltar o descabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade em virtude de a suposta ofensa ao texto constitucional (art. 24, V, VII e XII, da CF) ocorrer de forma reflexa.

Com efeito, para análise da alegada inconstitucionalidade da lei estadual seria imprescindível o exame da Lei federal nº 9.294/96, com as alterações promovidas pela Lei nº 10.167/00 e pela Medida Provisória nº 2.190/01, regulamentadas pelo Decreto nº 2.018/96, que dispõe sobre “as restrições ao uso e à



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA

159

propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do §4º do art. 220 da Constituição Federal”.

Em sede de competência concorrente - em que há uma superposição de planos de competência -, não cabe o controle abstrato de constitucionalidade quando, para verificar se houve ou não invasão de competência da esfera da União pela lei estadual, torna-se necessário o exame da legislação federal.

Nesse sentido, a decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal em que figura como Relator o DD. Ministro CELSO DE MELLO:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - COMPETÊNCIA CONCORRENTE (CF, ART. 24) - ALEGADA INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO FEDERAL, POR DIPLOMA LEGISLATIVO EDITADO POR ESTADO-MEMBRO - NECESSIDADE DE PRÉVIO CONFRONTO ENTRE LEIS DE CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL - INADMISSIBILIDADE EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.

Nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), nas quais se estabelece verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal e os Estados-membros (RAUL MACHADO HORTA, "Estudos de Direito Constitucional", p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas, **a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de entender incabível a ação direta de inconstitucionalidade, se, para o específico efeito de examinar-se a ocorrência, ou não, de invasão de competência da União Federal, por parte de qualquer Estado-membro, tornar-se necessário o confronto prévio entre diplomas normativos de caráter infraconstitucional: a legislação**

4



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA

135

nacional de princípios ou de normas gerais, de um lado (CF, art. 24, § 1º), e as leis estaduais de aplicação e execução das diretrizes fixadas pela União Federal, de outro (CF, art. 24, §2º). Precedentes.

É que, tratando-se de controle normativo abstrato, a inconstitucionalidade há de transparecer de modo imediato, derivando, o seu reconhecimento, do confronto direto que se faça entre o ato estatal impugnado e o texto da própria Constituição da República. Precedentes".

(ADI Nº 2.344 – medida cautelar. TP do STF, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 23-11-2000).

Consoante será amplamente demonstrado nos tópicos seguintes, a Lei federal nº 9.294/96, não apresenta qualquer norma capaz de “autorizar o fornecimento de produtos e serviços em áreas destinadas exclusivamente aos fumantes”.

A legislação estadual complementa a lei federal, nos termos do disposto no §2º do art. 24 da Constituição da República: “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”.

De todo modo, tendo em vista que para a análise da inconstitucionalidade mostra-se imprescindível o exame da lei federal que regula a matéria, a suposta inconstitucionalidade só poderia ocorrer de forma reflexa, a impedir a via do controle de constitucionalidade abstrato.

Corroborando a assertiva o argumento apresentado pela própria Confederação requerente a fls. 7 dos autos (item 15 da petição inicial): “Todavia, em afronta a princípios e regras constitucionais, e a pretexto de ‘proteger’ a saúde de não-fumantes, mas colidindo frontalmente com a lei federal existente



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



(como se demonstrará com o vagar necessário, lei federal esta editada por determinação constitucional, dado que compete à União a regulamentação da matéria), o (...)".

Verifica-se, claramente, que o parâmetro de aferição da validade da lei estadual apresentado pela Requerente é delimitado em face de dispositivos da Lei federal nº 9.496/96.

A impossibilidade de efetivar-se, no plano da competência legislativa concorrente, o controle abstrato de lei estadual decorre do disposto no §4º do art. 24 da Constituição da República: "a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".

Conforme a Constituição da República, não se discute constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei estadual em face de dispositivos de lei federal, mas, apenas e tão-somente "a suspensão da eficácia de lei estadual". Isso porque, com fundamento no princípio federativo, inexistente hierarquia entre leis federais e estaduais.

Em suma, a questão resolve-se no plano da eficácia e não no da validade e, quanto a esse ponto, impõe-se o não conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

2) DA AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A Confederação requerente não possui interesse de agir para a deflagração do presente controle abstrato de constitucionalidade.

Isso porque, consoante doutrina e pacífica jurisprudência, é necessário demonstrar o interesse jurídico na medida judicial, vale dizer, o requisito de pertinência temática.

13



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



"A legitimidade ativa da **confederação sindical**, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. III. - Precedentes do STF: ADIn 305-RN (RTJ 153/428); ADIn 1.151-MG ("DJ" de 19.05.95); ADIn 1.096-RS ("LEX-JSTF", 211/54); ADIn 1.519-AL, julg. em 06.11.96; ADIn 1.464-RJ, "DJ" de 13.12.96." (Agravo Regimental na Medida Cautelar na ADI nº 1.507, j. 3-2-1997, TP do STF, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO).

Pois bem, inexistente interesse de agir por parte da Confederação Requerente no presente feito, consoante indica seu Estatuto Social (art. 3º), já que ausente a relação de causalidade entre a vedação do consumo de produtos fumígenos e o desenvolvimento de ações vinculadas ao turismo nacional.

Data venia, é evidente a falta de interesse da Requerente para discutir a validade da lei ora questionada. Esta ação, destinada ao controle abstrato de constitucionalidade, não pode ser aproveitada para, de forma *indireta*, representar supostos interesse de categorias econômicas abrangentes.

Portanto, caso superada a questão da ofensa reflexa, requer digno-se esse Egrégio Tribunal julgue extinta a presente ação, sem julgamento de mérito, em conformidade com o art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

15



3) A INCIDÊNCIA DA “CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO” NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, promulgou a Convenção-Quadro sobre controle do uso do tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003.¹

Nos termos da precitada Convenção-Quadro, o item 2 do art. 4º apresenta, como **princípio norteador**:

“2. Faz-se necessário um compromisso político firme para estabelecer e apoiar, no âmbito nacional, regional e internacional, medidas multisetoriais integrais e respostas coordenadas, levando em consideração:

(a) a necessidade de tomar medidas para proteger toda pessoa da exposição à fumaça do tabaco;

...”

Em complemento a essa diretriz geral, o art. 8º - Proteção contra exposição à fumaça do tabaco -, estabelece:

“1. As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.

2. Cada Parte adotará e aplicará, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em

15



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



locais fechados de trabalho, meios de transporte público fechados e, se for o caso, outros lugares públicos, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais”.

Ressalte-se, por oportuno, que a presente Convenção-Quadro promove, primordialmente, o direito fundamental à saúde, prescrito no art. 196 da Constituição da República.

Trata-se, portanto, de Convenção sobre Direitos Humanos e, conforme decidido no *Habeas Corpus* nº 87.585-5, desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, no voto proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, norma materialmente constitucional:

“É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*”.

Apesar de defender concepção diversa em relação a do Ministro CELSO DE MELLO – norma materialmente constitucional -, o Ministro GILMAR MENDES reconhece a **superioridade hierárquica das Convenções sobre Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira**: “(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos” (voto proferido no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP).

2

¹ O Decreto Legislativo nº 1.012, de 27 de outubro de 2005, aprovou o texto da Convenção-Quadro sobre



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



Nessa ótica, continua o DD. Ministro,

“pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. **Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana**”.

Diante do prescrito nos arts. 4º e 8º da Convenção-Quadro, não deve ser prestigiada qualquer interpretação do *caput* do art. 2º da Lei federal nº 9.294/96 no sentido de a norma autorizar o uso de áreas fechadas destinadas exclusivamente aos fumantes.

Ao contrário, o *caput* do art. 2º deste diploma legal prescreve expressamente que “é proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo **em área destinada exclusivamente a esse fim**, devidamente isolada e com arejamento conveniente”.

Depreende-se, claramente, que a área a ser destinada aos fumantes deve ser vocacionada exclusivamente para atender essa conduta e não para o consumo de outros produtos ou serviços.

Daí porque **a lei estadual - apta a oferecer maior proteção ao direito fundamental à saúde -**, em consonância com a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco e com a adequada interpretação do texto geral federal, **complementa “a proibição geral”**, ao englobar “recintos de uso

Controle do uso do Tabaco, assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003.



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



coletivo, total ou parcialmente fechados em qualquer dos seus lados por parede, divisória, teto ou telhado, ainda que provisórios, onde haja permanência ou circulação de pessoas" (art. 2º, *caput*).

Conclui-se, portanto, que a legislação estadual complementa a lei federal, nos termos do disposto no §2º do art. 24 da Constituição da República: "a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados".

Em todo caso, as interpretações das normas federais e estaduais aqui debatidas devem concluir pela "subsunção aos parâmetros prescritos pela Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco", incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como norma materialmente constitucional - art. 5º, §2º, da CF (posição do Ministro CELSO DE MELLO) ² ou como norma supralegal (posição do Ministro GILMAR MENDES).

4) DO PACTO FEDERATIVO

Conforme demonstrado no item anterior, a legislação aplicável ao caso é a seguinte:

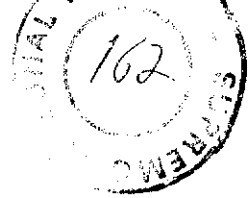
a) Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, promulgou a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2006.

b) Lei federal nº 9.294/96, com as alterações promovidas pela Lei nº 10.167/00 e pela Medida Provisória nº 2.190/01, regulamentadas pelo Decreto nº 2.018/96, que dispõe sobre "as restrições ao uso e à propaganda de

² Essa relação normativa foi bem esclarecida pelo Ministro CELSO DE MELLO no mencionado *Habeas Corpus*: "É que existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto revestido de hierarquia constitucional, por efeito do §2º do art. 5º da Constituição da República".



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do §4º do art. 220 da Constituição Federal”.

c) Lei estadual nº 13.541, de 7 de maio de 2009, que “proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, na forma que especifica”.

A princípio, enfrentando-se a questão sob a perspectiva da competência legislativa concorrente, estabelece o inciso XII do art. 24, da Constituição da República:

“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde”.

Além da competência legislativa, a Constituição da República atribui, paralelamente, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, competência comum – natureza executiva -, para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências (art. 23, II, da CF).

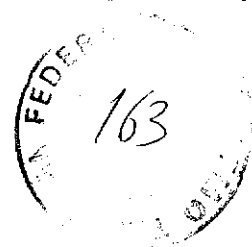
Diante desses parâmetros normativos constitucionais, em matéria de competência legislativa, compete à União dispor sobre normas gerais acerca da matéria, atribuindo-se aos Estados e ao Distrito Federal competência para suplementar a legislação federal, de acordo com as especificidades locais, conforme também demonstrado no tópico anterior.

Ressalte-se que, além da competência comum e da competência legislativa concorrente estabelecida na Constituição da República, a competência estadual para dispor sobre a matéria encontra fundamento, também, no art. 196, *caput*, da Constituição da República:

P



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



“Art. 196 – A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante política sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Simetricamente à Constituição da República, a Constituição do Estado de São Paulo dispõe:

“Art. 219 – A saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Parágrafo único. O Poder Público Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

I – políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos;

...”

À luz da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003 – incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, é que se deve estabelecer o conteúdo dos referenciais normativos constitucionais e infraconstitucionais, como bem delimitou o Ministro Joaquim Barbosa em caso análogo ao presente (ADI – MC 3.937/SP), ao permitir legislação estadual mais protetiva que a federal quanto à exposição aos efeitos nocivos do amianto.

No presente caso, a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco consubstancia norma “protetiva de direitos fundamentais”, pois

13



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA

164

envolve normas-princípio relacionadas com a vida, a saúde, o meio ambiente equilibrado e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano. Em última análise, permite a concretização da dignidade da pessoa humana.

A Convenção-Quadro explicitou como princípios norteadores (art. 4º):

“Para atingir o objetivo da presente Convenção e de seus protocolos e para implementar suas disposições, as Partes serão norteadas, inter alia, pelos seguintes princípios:

1. Toda pessoa deve ser informada sobre as conseqüências sanitárias, a natureza aditiva e a ameaça mortal imposta pelo consumo e a exposição à fumaça do tabaco e medidas legislativas, executivas, administrativas e outras medidas efetivas serão implementadas no nível governamental adequado para proteger toda pessoa da exposição à fumaça do tabaco.

2. Faz-se necessário um compromisso político firme para estabelecer e apoiar, no âmbito nacional, regional e internacional, medidas multisetoriais integrais e respostas coordenadas, levando em consideração:

(a) a necessidade de tomar medidas para proteger toda pessoa da exposição à fumaça do tabaco;

(b) a necessidade de tomar medidas para prevenir a iniciação, promover e apoiar a cessação e alcançar a redução do consumo de tabaco em qualquer de suas formas;

(c) a necessidade de adotar medidas para promover a participação de pessoas e comunidades indígenas na elaboração, implementação e avaliação de programas de controle do tabaco que sejam social e culturalmente apropriados as suas necessidades e perspectivas; e



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



(d) a necessidade de tomar medidas, na elaboração das estratégias de controle do tabaco, que tenham em conta aspectos específicos de gênero.

3. Uma parte importante da Convenção é a cooperação internacional, especialmente no que tange à transferência de tecnologia, conhecimento e assistência financeira, bem como à prestação de assessoria especializada com o objetivo de estabelecer e aplicar programas eficazes de controle do tabaco, tomando em conta os fatores culturais, sociais, econômicos, políticos e jurídicos locais.

4. Devem ser adotadas, no âmbito nacional, regional e internacional, medidas e respostas multisetoriais integrais para reduzir o consumo de todos os produtos de tabaco, com vistas a prevenir, de conformidade com os princípios de saúde pública, a incidência das doenças, da incapacidade prematura e da mortalidade associadas ao consumo e a exposição à fumaça do tabaco.

5. As questões relacionadas à responsabilidade, conforme determinado por cada Parte dentro de sua jurisdição, são um aspecto importante para um amplo controle do tabaco.

6. Devem ser reconhecidos e abordados, no contexto das estratégias nacionais de desenvolvimento sustentável, a importância da assistência técnica e financeira para auxiliar a transição econômica dos produtores agrícolas e trabalhadores cujos meios de vida sejam gravemente afetados em decorrência dos programas de controle do tabaco, nas Partes que sejam países em desenvolvimento, e nas que tenham economias em transição.

7. A participação da sociedade civil é essencial para atingir o objetivo da Convenção e de seus protocolos".



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



Com bem aduziu o Ministro JOAQUIM BARBOSA em voto proferido na ADI 3.937-MC que, inclusive, abordou a incidência da Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991:

“Esse dever, assumido na esfera internacional, está apoiado em outro dever, um dever constitucional, previsto no art. 196 da Constituição Federal. Quem descumpre o primeiro, desobedece também o segundo”.

Ora, se o Brasil, no plano internacional, assumiu o compromisso de substituir progressivamente a utilização do amianto crisotila, esse compromisso deve ser executado também no plano interno, por todos e cada um dos membros da federação. A respeito das obrigações administrativas, legislativas e judiciais dos Estados-Partes de tratados internacionais de direitos humanos, ver A. A. Cançado Trindade, “Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional In: Cançado Trindade. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 694-717”.

Não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para os estados e municípios. Ao atuar no plano internacional como ‘República Federativa do Brasil’, estaria comprometida com os tratados de direitos humanos. No plano interno, face aos estados e municípios, estaria livre desses compromissos. Não é possível admitir essa conclusão”.

P



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA

167

Em seguida, arremata seu raciocínio da seguinte forma:

“Passo à segunda razão pela qual estou convencido da legitimidade da legislação estadual. É que não vejo sentido prático em se saber se são leis específicas que devem ser confrontadas com uma lei geral.

Penso que é inadequado concluir que a lei federal exclui a aplicação de qualquer outra norma ao caso. A pré-existência da Convenção impede que se tente elevar a lei ordinária federal ao status de norma geral. Em verdade, é a Convenção que possui tintas de generalidade.

A distinção entre lei geral e lei específica é inaplicável ao caso das leis sobre amianto. E isto por uma razão simples: em matéria de defesa da saúde, matéria em que os estados têm competência, não é razoável que a União exerça uma opção permissiva no lugar do estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade. O exercício desta opção esvaziaria o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção”.

Sublinha-se, portanto, que diante dessas razões, a ação direta deve ser julgada improcedente.

5) DA AFERIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Confederação requerente alega que os termos da Lei estadual nº 13.541/2009 afrontariam o direito fundamental à liberdade dos fumantes, “por abolir o fumo em completo em ambientes fechados de qualquer espécie” (item 37 da petição inicial).

2



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



Alega, também, que a Constituição protege a saúde, mas, igualmente, garantiria o “direito de fumar” e seria nesse sentido a necessidade de “o Estado compatibilizar ambos (os dois direitos), colocados que estão lado a lado, sem supressão de um ou de outro” (item 41 da petição inicial).

De fato, os bens em conflito são, de um lado, o direito à liberdade de fumar e, de outro, o direito à saúde.

A propósito do tema, o Ministro CARLOS BRITO, em voto proferido na ADI 2.832-PR, ressaltou que “a doutrina vem se firmando, mais e mais, no entendimento de que toda legislação estadual em reforço à legislação federal, sobre proteção e defesa da saúde, goza de uma apriorística cláusula de validade, sob o limite apenas da razoabilidade e da proporcionalidade”.

Vale dizer, continua o DD. Ministro, “tudo que, no âmbito da legislação estadual, venha em reforço desses dois bens jurídicos, proteção e defesa da saúde, é de ser, em linha de princípio, recebido como constitucional sob dois limites: razoabilidade e proporcionalidade”.

É certo, também, que as reflexões sobre o tema devem considerar a inexistência de postulado constitucional relativo a Direitos Fundamentais como “valor absoluto”.

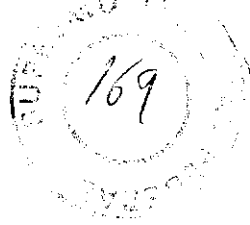
Nesse contexto, a incidência do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade a determinado caso dependerá da verificação da tríade “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade é um mecanismo próprio para solução de conflito de direitos em determinado caso.

Consoante CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE CASTRO, “seja como for, quer se fale de proporcionalidade, ou de razoabilidade, certo é que tais princípios decorrem do imperativo de que os atos intersubjetivos, no campo público ou privado, se coadunem com a noção de um direito justo ou da justa medida



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



no regramento das relações intersubjetivas ou no arbitramento das situações de conflito” (*O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 214).

A justificação do princípio da razoabilidade, lembra NEIL McCORMICK, “é a existência de uma pluralidade de fatores cuja relevância requer avaliação dentro de um foco de preocupação comum (como uma decisão a ser tomada por uma autoridade em vista do interesse público). Irrazoabilidade consiste em ignorar fatores relevantes, em tratar como relevante o que deveria ser ignorado” (*Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 226).

A “adequação – necessidade - proporcionalidade estrita” representam os subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Primeira fase da análise da proporcionalidade ou da razoabilidade: ADEQUAÇÃO

A primeira fase de análise é a verificação da ADEQUAÇÃO da medida adotada pelo Poder Público, que corresponde à relação “medida-fim”.

Em suma, “a medida é adequada se promove um fim”.

É a aptidão para “fomentar os objetivos visados”, diz LUIS VIRGILIO AFONSO DA SILVA (*O proporcional e o razoável*. RT 798/23, 37).

Com efeito, o item 1 do art. 8º da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco explicita textualmente que “**as Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade**”.



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



A proibição de fumar em locais fechados constitui, inequivocamente, uma medida adequada para *cumprir o desígnio lançado no item 1 do art. 8º da precitada Convenção.*

Segunda fase: Verificação da NECESSIDADE da medida restritiva

A segunda fase de análise envolve a verificação da NECESSIDADE da medida adotada pelo Poder Público. Sua incidência dependerá de uma análise comparativa, isto é, se a medida adotada – objetivo perseguido – pode ser substituída por outra medida alternativa ainda mais eficaz e menos restritiva de direitos

De forma subjetiva, *data venia*, alega-se ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade sem apontar qual a outra medida mais eficaz e menos restritiva de direitos apta a inibir a **exposição à fumaça do tabaco como causa de morte, de doença e de incapacidade.**

A lei estadual atacada é necessária à medida que concretiza e protege a pessoa humana contra os efeitos nocivos decorrentes da exposição à fumaça do tabaco.

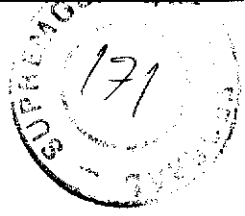
A restrição não é absoluta a ponto de inibir a liberdade de fumantes, pois permite o consumo de cigarro ou de qualquer outro produto fumígeno em locais abertos não abrangidos pela Lei estadual nº 13.541, de 17 de maio de 2009.

Terceira fase: Aferição da PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A terceira fase, que é a verificação da proporcionalidade em sentido estrito ou da *proibição do excesso*, determina a ponderação das vantagens que a medida promove em relação às desvantagens que provoca.



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



Em suma, verifica-se se as vantagens que promove são superiores às desvantagens que provoca.

Com efeito, a vantagem que a medida legislativa promove é **“inibir a exposição da pessoa humana à fumaça do tabaco como causa de morte, de doença e de incapacidade”** (art. 8º, 1, da Convenção-Quadro).

Nesse contexto, a medida promove um direito fundamental da pessoa (art. 196, da CF – a saúde é direito de todos e dever do *Estado*), além de concretizar o direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF).

A suposta desvantagem que provoca, conforme a petição inicial, é meramente instrumental: “o direito de fumar em local fechado”.

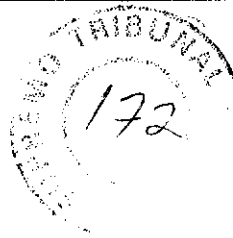
Destarte, num *juízo de ponderação*, é vantajosa a proibição em face do suposto direito de fumar em local total ou parcialmente fechado. Aliás, ainda que se queira considerá-lo como direito fundamental, a lei estadual não inibe de modo absoluto o ato de fumar, mas apenas impede que seja praticado em detrimento da saúde pública.

Enfim, com fundamento na Constituição da República (art. 5º, *caput* e 196, *caput*), a *vantagem que promove* - **“inibir a exposição da pessoa humana à fumaça do tabaco como causa de morte, de doença e de incapacidade”** -, *é manifestamente superior à desvantagem que provoca* - “direito de fumar em ambiente total ou parcialmente fechado”.

O argumento de NEIL McCormick é digno de nota: “Irrazoabilidade consiste em ignorar fatores relevantes, em tratar como relevante o que deveria ser ignorado”. Em outras palavras, é dar relevância ao direito de fumar em local fechado e desconsiderar que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade (art. 8º, 1, da Convenção-Quadro – norma materialmente constitucional e/ou supralegal).



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



Portanto, a proibição prescrita pela Lei estadual nº 13.541, de 7 de maio de 2009, é constitucional, proporcional e/ou razoável. Sob qualquer ângulo que se queira enfrentar a questão, os dispositivos atacados não vulneram qualquer prescrição da Constituição da República.

6) SOBRE OS DEMAIS PRINCÍPIOS DISCUTIDOS NA PETIÇÃO INICIAL: LIVRE INICIATIVA, SEGURANÇA JURÍDICA E ISONOMIA.

Embora o paradigma da proporcionalidade seja suficiente para validar a constitucionalidade da lei atacada, impõe-se a análise de outros princípios apresentados pela Confederação Requerente como vulnerados.

a) Quanto ao princípio da livre iniciativa

O princípio da livre iniciativa (arts. 1º e 170, da CF) ou da liberdade de atuação e de prática negocial, conforme já declarou o Ministro CELSO DE MELLO no voto proferido na ADI 2.832/PR, “não se reveste de caráter absoluto, pois o seu exercício sofre, necessariamente, os condicionamentos normativos impostos pela Lei Fundamental da República”.

Nessa perspectiva, a atuação normativa do Estado de São Paulo – inibir o consumo de cigarros ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em ambiente total ou parcialmente fechado – amolda-se às exigências impostas pela Convenção-Quadro sobre o Controle do Uso do Tabaco, pois impede que os destinatários da Lei nº 13.541/2009, seja agente econômico ou de qualquer outra natureza, cause danos à saúde pública.

Consoante o Ministro CELSO DE MELLO, “os agentes econômicos não têm, nos princípios da iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam, em torno dos organismos empresariais, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na

22



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República”.

Não há, portanto, qualquer ofensa ao princípio da livre iniciativa, eis que as atividades podem ser desenvolvidas de igual maneira.

Aliás, a Lei estadual nº 13.541/2009, não é aplicável “aos estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada”.

Consubstancia-se, por mais essa razão, a proporcionalidade/razoabilidade da lei estadual atacada

b) Quanto aos princípios da segurança jurídica e da isonomia

Alega a Confederação Requerente que a Lei estadual afrontaria os princípios da segurança jurídica e da isonomia porque a proibição prescrita não guarda qualquer relação com peculiaridades locais. Isso porque “todos têm direito a estar submetidos a um mesmo conjunto de regras, uniformes, sob pena de criar-se uma situação de grave insegurança jurídica e de afronta ao princípio da isonomia”.

Ao final, conclui no sentido de que “o mesmo cigarro se inalado em São Paulo seria ‘mais prejudicial’ do que em qualquer outro lugar do País”.

Evidentemente, esses argumentos não devem prosperar.

Dito de outro modo, o silogismo poderia ser assim

resumido:





ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



Premissa 1: Nenhum outro Estado da federação proíbe fumar em locais fechados;

Premissa 2: O Estado de São Paulo proíbe fumar em locais fechados;

Conclusão: Fumar em locais fechados é mais prejudicial à saúde no Estado de São Paulo do que em qualquer outro Estado-membro.

Em que pese a combatividade expressada na petição inicial, não se admite reconhecer insegurança jurídica ou vulneração ao princípio da isonomia se a proibição de fumar em locais total ou parcialmente fechados subsiste no Estado de São Paulo e inexistente em outros Estados da federação.

A propósito, o Estado de São Paulo tem se apresentado como precursor de medidas legislativas destinadas à proteção da saúde pública. Demais disso, a medida legislativa tem respaldo na Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, promulgada por meio do Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006.

Além da lei aqui debatida, no julgamento da ADI 3.937 que discutia a validade da Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007, que “proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição”, reconheceu-se que o mencionado diploma normativo é constitucional, pois o direito à saúde não é apenas afeto à competência concorrente, mas também de competência comum – art. 23, II, da CF; e “que, portanto, no exercício dessa competência, aquela norma poderia ter sido editada” (trecho do voto proferido pela Ministra CARMEN LUCIA).

Conforme amplamente demonstrado, a medida legislativa restritiva do Estado de São Paulo promove o direito à saúde e, em última análise, o próprio direito à vida humana.



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Palácio 9 de Julho
PROCURADORIA



Por fim, conforme bem expressa o Ministro JOAQUIM BARBOSA, “não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para os estados e municípios” (ADI 3.937-MC/SP).

CONCLUSÃO

De todo o exposto, tem-se, em sede de conclusão, que a ação não deve ser conhecida por discutir ofensa reflexa à Constituição da República ou por inexistir pertinência temática entre a causa e o interesse da Confederação e, se assim não entenderem os DD. Ministros do STF, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.868/99, requer seja julgado improcedente o pedido, mantendo-se a validade e a vigência da Lei estadual nº 13.541, de 7 de maio de 2009.

São Paulo, 30 de junho de 2009.


BARROS MUNHOZ
Presidente


ALEXANDRE ISSA KIMURA
Procurador – OAB/SP 123.101


DIANA COELHO BARBOSA
Procuradora-Coordenadora


RENÉ LUIZ MODA
Procurador-Chefe